

Teil 1. Einführung (§§ 1–2)

§ 1. *Von Aasgeiern, juristischen Trutzbürgen und englischen Philosophen – Problemaufriss und Ziel der Arbeit*

Während sich innerhalb der EU die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes Bahn bricht,¹ liegt das schweizerische Kartellzivilrecht weitestgehend brach. Reformbestrebungen, dieses Feld wieder der Breite nach zu bestellen, sind – vorerst – gescheitert.² Auch wenn das Kartellzivilrecht jüngst wieder ins Visier des Gesetzgebers geraten ist³, harrt dieser pathologische Befund der Behebung.⁴ Kartellzivilverfahren werden somit nur sporadisch

- 1 Exemplarisch für diesen Befund: Kommission, Mitteilung/Schutz vertraulicher Informationen, N 2: «In den letzten Jahren hat die Zahl der sog. Folgeklagen auf Schadenersatz, durch die ein Opfer einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht nach der Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde oder einer abschließenden Entscheidung einer Rechtsmittelinstanz Schadenersatz verlangt, rasch zugenommen»; in diesem Sinne auch BKartA, Tätigkeitsbericht 2015/2016, S. XII N 80, nach dem die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen im Nachgang zu Verwaltungsverfahren mittlerweile eher die Regel als die Ausnahme ist.
- 2 Das mit der Botschaft KG 2012 lancierte Reformprojekt, das das Kartellzivilrecht vorabringen sollte, scheiterte am 17.09.2014, als es der Nationalrat zum zweiten Mal ablehnte, auf die Revisionsvorlage einzutreten, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=30307>. Auch die von Nationalrat Dominique de Buman am 30.09.2016 eingereichte Motion 16.473 «Kleine Revision des Kartellgesetzes», die ebenfalls zu Anpassungen des Kartellzivilrechts führen sollte, wurde am 27.10.2017 zurückgezogen, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20160473>.
- 3 Der Bundesrat hat das WBF beauftragt, eine Vernehmlassungsvorlage zur Teilrevision des Kartellgesetzes zu erstellen, wovon auch das Kartellzivilrecht erfasst ist, siehe Pressemitteilung des Bundesrats vom 12.02.2020, <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/medieninformationen/nsb-news.msg-id-78074.html>; Weko, Jahresbericht 2019, S. 29. Zudem ist zu erwarten, dass der neue Art. 4 Abs. 2^{bis} KG, der das aus dem deutschen Wettbewerbsrecht entlehnte Konzept der «relativen Marktmacht» einführt, sowie der neue Art. 7 Abs. 2 Bst. g KG dem Kartellzivilrecht mittel- bis langfristig Auftrieb verleihen, siehe hierzu JACOBS, Entwicklungen, S. 446 f.; zu dem Konzept der «relativen Marktmacht» auch bereits STÄUBLE, Kartellgesetzrevision, S. 245 f.
- 4 So wird in der KG Botschaft 2012, S. 3928, festgehalten, dass die Kartellrechtsdurchsetzung durch Private vor Zivilgerichten «von untergeordneter, ja bloss sporadischer Bedeutung» ist. Der Befund wurde auch in der Lehre häufig thematisiert, so etwa PICH, Kartellschadenersatz, S. 347: Das Kartellzivilrecht befindet sich nach

angestrengt, und entsprechend selten wird die Geltendmachung von Kartellschadenersatz ins Auge gefasst⁵, und das obwohl die in Art. 5 und Art. 7 KG statuierten Verhaltensgebote Doppelnormen sind, die auf kartellzivilrechtlichem ebenso wie auf kartellverwaltungsrechtlichem Weg durchgesetzt werden können.⁶

Die zweispurige Durchsetzung versteht sich wie folgt: Vom Kartellverwaltungsverfahren oder von «*public enforcement*» ist die Rede, wenn ein Unternehmen (der Griffigkeit halber «Kartelltäter» genannt) gegen ein Verhaltensgebot verstösst und eine Wettbewerbsbehörde sein Verhalten unterbindet und sanktioniert.⁷ Verstösse gegen die materiell-rechtlichen Wettbewerbsbestimmungen führen allerdings regelmässig auch zu Beeinträchtigungen individueller Rechtspositionen anderer Marktteilnehmer

Picht in «einem nur selten gestörten Dornröschenschlaf»; HEINEMANN, Privatrechtliche Durchsetzung, S. 5 ff., S. 50; DIKE KG-VETTER, vor Art. 12–15 N 4; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, N 3.402; MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, S. 207 f.; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, N 846 ff.; KOSTKA, Harte Kartelle, N 791; JACOBS, Durchsetzung, S. 209; BÖNI, Wechselwirkung, N 1; MÜLLER, Passing-on Defense, S. 4; PICHT/FREUND, Kartelldurchsetzung, N 39; SPITZ, Kartellzivilrecht, S. 114 f.; vgl. auch WALTER, Homburger (KG), Art. 12 ff. N 2.

- 5 Für eine der seltenen Ausnahmen, die ein *Stand-alone*-Verfahren betrifft, HGer AG, RPW 2003/2, Allgemeines Bestattungsinstitut, S. 451 ff.; siehe auch BGer 23.05.2013, 4A_449/2012, E. 10, nicht publiziert in BGE 139 II 316; vgl. für weitere Praxisbeispiele DIKE KG-Vetter, vor Art. 12–15 N 4 mit und bei Fn. 7. Nach eigenen Medienangaben erhob die Sunrise AG gegen die Swisscom AG eine *Follow-on*-Schadenersatzklage in der Höhe von CHF 350 Mio. im Anschluss an die Bestätigung der im Jahr 2009 ergangene Sanktionsverfügung der Weko, RPW 2010/1, *Preispolitik Swisscom ADSL*, S. 116 ff. durch das Bundesgericht im Jahr 2019, BGer 09.12.2019, 2C_985/2015.
- 6 SHK KG-HAHN, Art. 12 N 2; HANGARTNER, Verhältnis, S. 44; HURNI, L'action civile, S. 127; BSK KG-JACOBS/GIGER, Art. 12 N 13; DENOTH, Kronzeugenregelung, S. 14; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 244; vgl. auch bereits zum KG 62 MERZ, Kartellgesetz, S. 1, nach dem das Kartellgesetz ein «Spezialgesetz im Bereich zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht» sei.
- 7 In diesem Sinne auch Schlussanträge GA Kokott 30.01.2014, C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:45, N 59; WIEGANDT, Verzahnung, S. 8; ähnlich MÜLLER, Passing-on Defense, S. 234 ff.

(«Kartellopfer» oder «Geschädigte»⁸).⁹ Den Kartellopfen stehen dann kartell[zivil]rechtliche Ansprüche zur Verfügung, mittels deren sie einen Verstoß im Zivilverfahren unterbinden und die Beeinträchtigungen abwenden können. Die Rede ist vom Kartellzivilverfahren oder von «*private enforcement*».¹⁰ Diese beiden Durchsetzungsspuren – Kartellverwaltungsverfahren und Kartellzivilverfahren – sind gleichwertig ausgestaltet und voneinander unabhängig.¹¹ Sie bilden gemeinsam das kartellrechtliche Durchsetzungssystem, das einen wirksamen Wettbewerb sicherstellen soll.¹² Der eingangs genannte Befund verdeutlicht, dass die kartellzivilrechtliche Durchsetzung derzeit kaum den wirksamen Wettbewerb sichert – und zwar obwohl die zivilrechtliche Durchsetzung explizit vom Gesetzgeber vorgesehen ist.

-
- 8 In dieser Arbeit werden die Begriffe «Kartellopfer» und «Geschädigte» synonym verwendet. Zu berücksichtigen ist, dass es sich bei einem Kartellopfer bis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung seiner Eigenschaft als Opfer eines Wettbewerbsverstosses, um ein «potenzielles» Kartellopfer handelt; derselbe Begriff wird zudem auch in Weko, RPW 2018/1, Verzinkung – Parteistellung, S. 126 ff., verwendet.
- 9 So führen etwa Preiskartelle in 93 % der Fälle zu einer kartellbedingten Preiserhöhung, OXERA, Quantifying antitrust damages, S. 90. Auch auf wettbewerbs-theoretischer ebenso wie auf wettbewerbspolitischer Ebene herrscht Einheit, dass besonders *Hardcore*-Kartelle grundsätzlich zu keinem gesellschaftlichen Mehrwert führen und über ein grosses Schädigungspotenzial verfügen, siehe hierzu BORK, Antitrust, S. 429; POSNER, Antitrust, S. 4; auch HARDING/JOSHUA, Regulating, S. 1.
- 10 In der Botschaft KG 2012, S. 3928, wird von der «Kartellrechtsdurchsetzung durch Private vor Zivilgerichten» gesprochen; KRAUSKOPF/SCHALLER, Kartellrecht, S. 287 f.; vgl. zur ähnlichen Ausgangslage in der EU: Schlussanträge GA Kokott 30.01.2014, C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:45, N 59; Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 76; kritisch zum Begriff «*private enforcement*» in Bezug auf die europäische kartellzivilrechtliche Durchsetzung, Schlussanträge GA Jääskinen 07.02.2013, C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie*, EU:C:2013:67, N 48; OTTERVANGER, Designing, S. 18 f.
- 11 Weko, RPW 1997/4, Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission, S. 593 ff., N 20; CR CONCURRENCE-REYMOND, Rem. 12 ff. N 38; HANGARTNER, Verhältnis, S. 44; DUCREY/MARTENET, Enjeux procéduraux, S. 81; JACOBS, Durchsetzung, S. 210; vgl. zur Europäischen Union: Schlussanträge GA Mazák 16.12.2010, C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2010:782, N 40; KOMNINOS, Relationship, S. 146.
- 12 HANGERTER, Verhältnis, S. 44; BÖNI, Wechselwirkung, N 2; GÖRTZ, Private Durchsetzung, S. 244; HURNI, L'action civile, S. 126; JACOBS, Durchsetzung, S. 210; vgl. aber Botschaft KG 2012, S. 3928; innerhalb der EU: Schlussanträge GA Mazák 16.12.2010, C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2010:782, N 40; vgl. auch REX, Interaction, S. 112.

Im Gegensatz zur marginalen Bedeutung des «*private enforcement*» steht das «*public enforcement*»: Die kartellverwaltungsrechtliche Durchsetzung wird intensiv genutzt.¹³ Allerdings bleiben kartellrechtliche Ansprüche wie Schadenersatz, Genugtuung oder Gewinnherausgabe hiervon weitgehend unberührt.¹⁴ Die Ausgangslage ist befremdlich. Verhaltensweisen werden ausschliesslich in Verwaltungsverfahren geahndet, obwohl sie i. d. R. zu zivilrechtlichen Schäden führen. Wird berücksichtigt, dass – wie etwa innerhalb der EU¹⁵ – die verwaltungsrechtliche Durchsetzung das Initialmoment der privatrechtlichen Durchsetzung darstellen kann und den Kartellopfen dann eine veritable Schützenhilfe leistet, ist ein Unbehagen kaum noch zu unterdrücken.¹⁶

Mitverantwortlich für das Stocken der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung sind die aus den «strukturellen Informationsasymmetrien»¹⁷ resultierenden Beweisschwierigkeiten.¹⁸ Denn auch Kartellzivilprozesse sind «gewöhnliche» Zivilverfahren und werden folglich von der Verhandlungsmaxime beherrscht.¹⁹ Der Kläger hat dem Gericht die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale des Schadenersatzanspruchs («Anspruchsvoraussetzun-

13 Vgl. Weko, Jahresbericht 2018, S. 4 ff.; PICH, Kartellschadenersatz, S. 347.

14 Botschaft KG 2012, S. 3928; DIKE KG-IZUMI/BAUR, Art. 28 N 14; ZÄCH/HEIZMANN, Durchsetzung, S. 1061.

15 PICH, Passing-on, S. 2; so wird derweil auch von einer «follow-on damages claim culture» gesprochen, FREUND, Reshaping Liability, S. 731 ff.; HELLMANN/STEINBRÜCK, Discovery Light, S. 166; MEEßEN, Schadenersatz, S. 2 f.; LESLIE, Antitrust, S. 458 f.; BÖGE, Enforcement, S. 224 f.; CANENBLEY/STEINVORTH, Effective Enforcement, S. 319 ff.; SCHWEITZER, Richtlinie, S. 335; MAKATSCH/MIR, EU Directive, S. 60; WIEGANDT, Verzahnung, S. 1 Fn. 7, mit zahlreichen Belegen für die deutsche Ausgangslage.

16 Falls sich ohnehin bereits in Anbetracht der fehlenden Aktivlegitimation der Konsumenten und der Möglichkeit des *Passing-on*-Einwands noch kein Störgefühl eingestellt hat; siehe anstelle vieler, HEINEMANN, Consommation et concurrence, S. 51 f.

17 Kommission, Weißbuch/Schadenersatzklagen, S. 8.

18 DREXL, Interaction, S. 139; explizit in Bezug auf die Schweiz: Fuchs/Weitbrecht/HEINEMANN, Private Kartelldurchsetzung, § 23 N 81; CR Concurrence-REYMOND, Rem. Art. 12 ff. N 11 m. w. N. Darüber hinaus nennt die Botschaft KG 2012, S. 3928, insbesondere die zu eng bemessene Verjährungsfrist, die fehlende Klagelgitimation von Konsumenten sowie den starken Anreiz, ein Verwaltungsverfahren statt ein Zivilverfahren in die Wege zu leiten; Weko, Jahresbericht 2019, S. 26 f.; PICH, Kartellschadenersatz, S. 348, spricht zudem von einer noch fehlenden Rechtstradition der privaten Kartellrechtsdurchsetzung; DIKE KG-VETTER, vor Art. 12–15 N 5.

19 CR Concurrence-REYMOND, Rem. Art. 12 ff. N 11; DIKE KG-VETTER, Art. 12 N 43; JACOBS, Durchsetzung, S. 215.

gen»)²⁰ substantiiert darzulegen und, falls möglich, die entsprechenden Beweismittel einzureichen oder zu bezeichnen.²¹ Werden die Behauptungen des Klägers durch die beklagte Partei erfolgreich bestritten und geht der rechtsgenügende Nachweis der prozessrelevanten Tatsachen mangels Beweismitteln fehl, trägt der Kläger die Folgen der Beweislosigkeit.²² Das Kartellopfert trägt also die Beweislast²³ und im Unterliegensfall die Prozesskosten.²⁴

Genau das ist die Krux des Kartellzivilprozesses. Die Prozessbereitschaft eines Klägers wird durch zwei Grundkomponenten gesteuert: die Prozessaussichten und die finanziellen Anreize.²⁵ Fehlt es an einer dieser Komponenten, sieht das Kartellopfert von der Geltendmachung seiner Ansprüche ab.²⁶ Nun fehlt es aber infolge der besagten Informationsasymmetrien häufig an beweisrelevanten Informationen, was die Chancen einer erfolg-

-
- 20 In Bezug auf den deliktsrechtlichen Schadenersatzanspruch nach Art. 12 Abs. 1 Bst. b KG i. V. m. Art. 41 OR sind die Widerrechtlichkeit, die sich aus dem Nachweis einer unzulässigen Wettbewerbsbehinderung ergibt, der Kausalzusammenhang und der Schaden, insbesondere das Schadensquantum, nachzuweisen. Darüber hinaus sind die Aktivlegitimation des Anspruchstellers und die Passivlegitimation des Anspruchsgegners auszuweisen und dass der Anspruch nicht verjährt ist, HEINEMANN, *Privatrechtliche Durchsetzung*, S. 72; zum Begriff der Anspruchsvoraussetzungen im Europäischen Recht siehe Schlussanträge GA Wahl 06.02.2019, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:100, N 40 ff.; Schlussanträge GA Kokott 30.01.2014, C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:45, N 31 ff.; Schlussanträge GA Kokott 29.07.2019, C-435/18, *Otis II*, EU:C:2019:651, N 44 ff.; dazu auch FREUND, *Compensation*, S. 500 f.
- 21 DIKE KG-VETTER, Art. 12 N 43; JACOBS, *Durchsetzung*, S. 223; vgl. auch HEINEMANN, *Private Enforcement*, S. 315.
- 22 BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N 17; KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 55 N 2 m. w. N.; JACOBS, *Durchsetzung*, S. 223; DIKE KG-VETTER, Art. 12 N 43; vgl. auch STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, § 18 N 43 m. w. N.
- 23 HEIZMANN/ZÄCH, *Expertisekosten*, S. 13; DIKE KG-VETTER, Art. 12 N 33; vgl. auch BSK KG-JACOBS/GIGER, Art. 12 N 134; JACOBS, *Durchsetzung*, S. 215; LANG, *Kartellzivilrechtliche Ansprüche*, S. 150; CR *Concurrence-REYMOND*, Rem. Art. 12 ff. N 11; STÖCKLI, *Ansprüche*, N 496, 754; JACOBS, *Durchsetzung*, S. 215; WALTER, *Homburger (KG)*, Art. 12 N 92.
- 24 Und somit die Gerichtskosten wie die Parteientschädigung der Gegenseite, vgl. JACOBS, *Durchsetzung*, S. 215, 223; ZÄCH/HEIZMANN, *Durchsetzung*, S. 1063; DIKE KG-VETTER, vor Art. 12–15 N 63 ff.; BORER-Wettbewerbsrecht G/K/M, § 13 N 25; HURNI, *L'action civile*, S. 408 f.; LANG, *Kartellzivilrechtliche Ansprüche*, S. 150; STÖCKLI, *Ansprüche*, N 496, 754; WALTER, *Homburger (KG)*, Art. 12 N 92.
- 25 HEIZMANN/ZÄCH, *Expertisekosten*, S. 12 f.; BASEDOW, *Kartelldeliktsrecht*, S. 97; CMA, *Deterrent effect*, N 5.84 ff.; CLASSEN/SEEGER, *State of Enforcement*, S. 21.
- 26 BASEDOW, *Kartelldeliktsrecht*, S. 97; EILMANSBERGER, *Green Paper*, S. 447.

reichen Durchsetzung verringert und die Prozessbereitschaft mindert.²⁷ Bekanntlich gilt auch im Kartellzivilrecht, dass Prozesse durch Fakten gewonnen werden²⁸, und dieser Umstand bildet die gedankliche Andockstelle der vorliegenden Abhandlung: Untersucht wird, ob und wie das Informationsgefälle in Kartellzivilprozessen überwunden werden kann. Im Vordergrund steht somit die Beweismittelbeschaffung im vor- und im prozessualen Stadium der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung. Hierbei liegt das Hauptaugenmerk auf dem Zugriff auf die Informationen, die sich in einer Verfahrensakte einer Wettbewerbsbehörde befinden («Verfahrensdokumente»).

Die Akzentsetzung bietet sich angesichts der bereits genannten Doppelspurigkeit der kartellrechtlichen Durchsetzung an. Ein Wettbewerbsverstoss kann allein der Gegenstand eines Zivilverfahrens sein oder umgekehrt ausschliesslich in einem Verwaltungsverfahren überprüft werden.²⁹ Wird das Kartellzivilrecht unabhängig von einem Kartellverwaltungsverfahren durchgesetzt, handelt es sich um ein Initiativverfahren (*Stand-alone*-Prozess).³⁰ In diesem wurde der Wettbewerbsverstoss von Behördenseite also (noch) nicht aufgegriffen. Die Unabhängigkeit der Durchsetzungsspur ermöglicht es zudem, den zivilrechtlichen Verfahrensweg erst einzuschlagen, nachdem die Wettbewerbsbehörde ein Verfahren eröffnet oder bereits abgeschlossen hat.³¹ Die Durchsetzung erfolgt dann in einem Folgeverfahren (*Follow-on*-Prozess).³²

27 PICT, Kartellschadenersatz, S. 348; HEINEMANN, Private Enforcement, S. 315; EILMANSBERGER, Green Paper, S. 443.

28 So auch TSCHUDI, Beweismass, S. 1333.

29 Reko/Wef, RPW 2003/3, Sellita Watch Co. SA/ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, S. 653 ff., E. 3.3.2.

30 WILS, Private Enforcement, S. 4; WILS, Relationship, S. 4.

31 HANGARTNER, Verhältnis, S. 44.

32 WILS, Private Enforcement, S. 4 f.; vgl. auch HEINEMANN, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit, S. 140; SCHREIBER/KRÜGER/BURKE, Challenges, S. 27. Die Unterscheidung zwischen *Stand-alone*- und *Follow-on*-Verfahren verliert in Bezug auf wirtschaftlich eng vernetzte Jurisdiktionen, wie dem europäischen Binnenmarkt, an Trennschärfe. Wird ein in der EU sowie im EWR tätiges Kartell von der Kommission gebüsst, liegt die Vermutung nahe, dass auch der Schweizer Markt, als fester Bestandteil des europäischen Binnenmarktes, durch die Kartellaktionen beeinflusst wird. Wird derselbe Sachverhalt aus Opportunitätsgründen von der Weko nicht aufgegriffen, kann ein geschädigtes Schweizer Unternehmen dazu neigen, sich an die Sachverhaltserstellung der Kommission anzulehnen und entsprechende Zugangsanträge zu stellen, um von der behördlichen Durchsetzung zu profitieren, vgl. PICT/FREUND, Kartelldurchsetzung, N 23.

Im Vergleich zum Initiativverfahren kann die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche im Fahrwasser der Wettbewerbsbehörde bedeutend erleichtert sein. Die Vorteile können derart gewichtig sein, dass die Kartellopfer zuerst versuchen, mittels Anzeige ein Verwaltungsverfahren einzuleiten, um aus der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung Nutzen zu ziehen.³³ Im übertragenen Sinn formuliert, ähneln die klagenden Kartellopfer dann Aasgeiern, die von einem erfolgreichen Jäger profitieren, vorliegend der Wettbewerbsbehörde; die Behörde und die Kartellopfer sorgen gemeinsam für eine gesunde Umwelt, d. h. für ein funktionierendes Marktgeschehen.

Vor dem Hintergrund dieser Veranschaulichung sind im Folgenden die Erleichterungen in *Follow-on*-Verfahren zu erörtern, die auf diversen Berührungspunkten zwischen verwaltungsrechtlicher und privatrechtlicher Durchsetzung beruhen – denn trotz der grundsätzlichen Unabhängigkeit beeinflussen sich die Durchsetzungswege gegenseitig. So können die Zivilgerichte an die tatsächlichen Feststellungen und an die rechtliche Qualifikation der Verhaltensweisen durch die Wettbewerbsbehörden gebunden sein.³⁴ Auch wenn es in der Schweiz an einer Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen im Zivilprozess fehlt,³⁵ wird ihnen eine faktische Präjudizwirkung bescheinigt.³⁶ Ein weiterer Berührungspunkt

33 Zu dieser Möglichkeit innerhalb der EU: DE STEFANO, *Damage Claimants*, S. 96 f. mit Praxisbeispielen; als Beispiele einer erfolgreichen Anzeige Dritter in der Schweiz, ohne dass es zwingend auch zu einer kartellzivilrechtlichen Durchsetzung kam: Weko, RPW 2016/3, Flügel und Klaviere, S. 652 ff. sowie Weko, RPW 2007/3, Neue Eisenbahn-Alpentransversale (NEAT), S. 415 ff.; vgl. dazu JACOBS, *Durchsetzung*, S. 223; DIKE KG-BEURET, Art. 26 N 18.

34 Zur Bindungswirkung der Kommissionsbeschlüsse nach Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003: EuGH 14.12.2000, Rs. C-344/98, *Masterfoods/HB*, EU:C:2000:689, N 51 f.; EuGH 23.11.2017, Rs. C-547/16, *Gasorba u. a./Repsol*, EU:C:2017:891, N 24 ff.; Schlussanträge GA Van Gerven 13.04.1994, C-128/92, *Banks/British Coal*, EU:C:1993:860, N 56; zur Bindungswirkung von Sanktionsverfügungen mitgliedstaatlicher Wettbewerbsbehörden: Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2 KSRL; zur Bindungswirkung deutscher Zivilgerichte an Entscheidungen des BKartA und anderen mitgliedstaatlichen Kartellbehörden: § 33b GWB; ausführlich zur Bindungswirkung von wettbewerbsbehördlichen Entscheidungen innerhalb der Europäischen Union WIEGANDT, *Verzahnung*, S. 197 ff.

35 Ausdrücklich BGer 18.03.2021, 2C_1040/2018, 2C_1051/2018, E. 2.4, 5.4.8.2.

36 PICHT/FREUND, *Kartelldurchsetzung*, N 19 m. w. N.; BÖNI, *Wechselwirkung*, N 6 geht von einem starken faktischen Einfluss der Behördenentscheidung aus; Weko, RPW 1997/4, *Die Beziehungen zwischen den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission*, S. 593 ff., S. 596 N 20; HEINEMANN, *Privatrechtliche Durchsetzung*, S. 108 ff.; TSCHUDI, *Beweismass*, S. 1344 Fn. 77; SOMMER, *Verfahrensfragen*, N 42; LUCAS et al., in: von Büren/David (Hrsg.), *SIWR I/2*, S. 455; vgl. offengelassen in BVGer 18.10.2018, A-590/2018, E. 10.4.3.1, wobei äusserst

ist, dass ein Kartellverwaltungsverfahren die Verjährung kartellrechtlicher Ansprüche hemmt oder unterbricht – so zumindest innerhalb der EU. Ein Kartellopfer kann dort den Abschluss des Verwaltungsverfahrens abwarten und von der behördlichen Qualifikation profitieren, ohne dass sein Anspruch verjährt.³⁷ In der Schweiz ist diese Erleichterung allerdings nach wie vor ein rechtspolitisches Desiderat, weshalb Kartellopfer mit einem suboptimalen Verjährungsregime konfrontiert sind.³⁸ Zumindest lässt sich bereits in der aktuellen Ausgangslage argumentieren, dass die relative Verjährungsfrist grundsätzlich nicht vor Rechtskraft der Sanktionsverfügung zu laufen beginnt; der Gläubiger hat erst dann ausreichende Kenntnis des Anspruchs und der Person des Schuldners. Anders ist die Ausgangslage, wenn im Instanzenzug die Qualifikation einer Verhaltensweise als wettbewerbswidrig durch den oder die Kartelltäter nicht bestritten wird. Die relative Frist kann dann bereits vor Rechtskraft der Sanktionsverfügung zu laufen beginnen.

Ein weiterer und in dieser Arbeit primär interessierender Berührungspunkt ist der Zugriff auf die Verfahrensdokumente der Wettbewerbsbehörden. Die Verfahrensdokumente enthalten häufig Informationen, auf die die Geschädigten grundsätzlich keinen Zugriff haben.³⁹ Diese Problematik wird für Kartellopfer im Hinblick auf *Hardcore*-Kartelle virulent. Diese gelten als Überbegriff für besonders schwerwiegende Kartellverstöße wie Gebiets-, Mengen- oder Preisabsprachen⁴⁰ und werden im Geheimen

fraglich ist, inwiefern ein Verwaltungsgericht im Hinblick auf die Gewaltentrennung diese Frage überhaupt beantworten kann; von einer signifikanten Bedeutung der behördlichen Entscheidung ebenfalls ausgehend siehe beispielsweise EFTA, E-6/17, *Fjarskipti*, vom 18.05.2018, N 47 und das Urteil des spanischen Tribunal Supremo vom 03.11.2017, 3879/2017, *Mediapro vs. Real Zaragoza*, ES:TS:2017:3879; zu berücksichtigen ist dann auch CARO DE SOUSA, *Identifying*, S. 6, der auf beweisrechtliche Probleme trotz Bestehens einer Bindungswirkung verweist.

37 So Art. 10 Abs. 4 KSRL, der mittlerweile in sämtlichen Mitgliedstaaten implementiert wurde.

38 Siehe hierzu Botschaft KG 2012, S. 3929; Weko, Jahresbericht 2019, S. 29; HEINEMANN, Kartellzivilrecht, S. 147 f.

39 VAN DEN BERGH, *Enforcement*, S. 420; JACOBS, *Durchsetzung*, S. 225; DIKE KG-VETTER, vor Art. 12–15 N 50.

40 OECD, *Leniency*, S. 17; sie werden auch als «the supreme evil of antitrust» bezeichnet, *Verizon Communications Inc. vs. Law Offices of Curits Trinko*, 540 U. S. 398, 408 (2004), oder wie auch als «cancers on the open market economy», bezeichnet, MONTI, *Fighting*.

getroffen, in den sog. «*smoke-filled rooms*»⁴¹. Wenn es überhaupt Beweise für derartige Abreden gibt, befinden sich diese grundsätzlich in der Sphäre der Kartelltäter oder der Behörde und somit ausserhalb der Zugriffsmöglichkeiten der Kartellopfer.⁴² Das Informationsgefälle nimmt mit höherem Professionalisierungsgrad der Abreden zu und erschwert dementsprechend das Zusammentragen beweisrelevanter Informationen.⁴³ Auch ist bei Kartellen auf die zunehmende Raffinesse und Vertuschung sämtlicher Beweise hinzuweisen, die das Auffinden einer allfälligen «*paper trail*» und somit das Aufdecken eines Kartells erschweren.⁴⁴ Das Zusammentragen entsprechender Beweismittel gleicht somit zumindest im Initiativverfahren häufig einer Herkulesaufgabe.

Anders ist die Ausgangslage im Kartellverwaltungsverfahren: Hier entschärfen verschiedene Untersuchungsinstrumente die bereits erwähnte Beweisproblematik.⁴⁵ Die Wettbewerbsbehörden können Hausdurchsuchungen⁴⁶ durchführen und die beteiligten Unternehmen oder betroffene Dritte zur Auskunft und Edition⁴⁷ verpflichten. Das sachdienlichste Behördeninstrument zur Bekämpfung der besagten *Hardcore*-Kartelle sind Kronzeu-

41 Zur Begrifflichkeit vgl. JONES/SUFRIN, EU Competition Law, S. 677; STEPHAN/NIKPAY, Leniency, S. 144; wobei die klassischen Situationen, in denen sich zwei oder mehrere Menschen direkt über die Preise oder Quoten unterhalten, zunehmend seltener werden. Stattdessen entstehen immer ausgeklügeltere Kartelle, neue Formen der Absprachen und neue, immer komplexere Märkte, die Wettbewerbsverstösse erleichtern können, ABRANTES-METZ/METZ, Future, S. 14; ähnlich PAPANIKOLAOU, Leniency, S. 20.

42 VAN DEN BERGH, Enforcement, S. 404; EILMANSBERGER, Green Paper, S. 452; OECD, Leniency, S. 17; zur Problematik der Beweismittelbeschaffung im Kommissionsverfahren EuGH 07.01.2004, verb. Rs. C-204/00, *Aalborg Portland u. a./Kommission*, EU:C:2004:6, N 55; vgl. auch CARO DE SOUSA, Identifying, S. 19.

43 Vgl. Erw. 15 KSRL; REY, Interaction, S. 109.

44 Kommission, Arbeitspapier/Ten Years, N 21; POLLEY, Practitioner, S. 5 f.; ABRANTES-METZ/METZ, Future, S. 14; STEPHAN/NIKPAY, Leniency, S. 155; KROES, Tackling; vgl. auch BASEDOW, BJM 2016, S. 237.

45 JACOBS, Durchsetzung, S. 225; BRUCH/ZIRLICK, Stärkung, N 2; zur Übersicht der im Verwaltungsverfahren zur Verfügung stehenden Instrumente zur Sachverhaltsermittlung siehe BANGERTER, Hausdurchsuchungen, S. 47 ff.; vgl. auch WILS, Relationship, S. 6, 8; WILS, Private Enforcement, S. 17; MILUTINOVIC, Right, S. 23.

46 Art. 42 Abs. 2 KG; siehe auch Weko, Merkblatt/Ermittlungsinstrumente, S. 9 ff.; Art. 21 Abs. 1 VO 1/2003.

47 Art. 42 Abs. 1 KG; siehe auch Weko, Merkblatt/Ermittlungsinstrumente, S. 1 ff.; Art. 18 Abs. 1 VO 1/2003.

genprogramme^{48, 49}. Das Wesensmerkmal dieser Programme ist, dass ein Kronzeuge mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert und ihnen quasi als Kooperationsleistung Informationen übermittelt, auf die die Behörden ohne sein Zutun kaum Zugriff hätten.⁵⁰ Als Gegenleistung wird dem kooperierenden Unternehmen die auszusprechende Verwaltungsanktion erlassen oder reduziert. Die Programme sind nicht besonders ressourcenintensiv und führen i. d. R. zur Sanktionierung eines Wettbewerbsverstosses, was ihren Wert für die Wettbewerbsbehörden verdeutlicht.⁵¹ In Deutschland wurden bis anhin ungefähr die Hälfte,⁵² in den Vereinigten Staaten rund zwei Drittel und auf EU-Ebene rund drei Viertel der sanktionierten Kartellabsprachen mittels Kronzeugen aufgedeckt.⁵³ In der Schweiz erhalten die Wettbewerbsbehörden bei 80–90 % der verfolgten Horizontalabreden und bei etwa 50 % der verfolgten Vertikalabreden entscheidende Hilfe durch Kronzeugen.⁵⁴ Ohne Übertreibung werden die Programme zuweilen als «Kronjuwel» der kartellrechtlichen Durchsetzung bezeichnet.⁵⁵

48 In der Schweiz wird dieses Behördeninstrument als «Bonusprogramm» bezeichnet, in dem eine «Selbstanzeige» durch den «Selbstanzeiger» eingereicht wird. Ist in dieser Arbeit in Bezug auf die schweizerische Ausgangslage die Sprache von Kronzeugeninformationen/-programm/-erklärung, wird auf das Schweizer «Bonusprogramm» und die «Selbstanzeige» Bezug genommen. Die Begriffe werden im 1. und 2. Teil der Arbeit synonym verwendet.

49 EILMANSBERGER, Green Paper, S. 435; GROUSSOT/PIERCE, Transparency, S. 143; REINHART, Leniency Plus, S. 9.

50 OECD, Challenges, N 21; NORDLANDER/ABENHAÏM, Discoverability, S. 2; RODGER/SOUSA FERRO/MARCOS, Transposition, S. 39; REY, Interaction, S. 109.

51 ABRANTES-METZ/METZ, Future, S. 13.

52 BKartA, Jahresbericht 2017, S. 39; RITZ/MARX, Leniency, S. 55; nach dem Informationsdienst PaRR gingen 21 von 30 in Deutschland geahndeten Kartellen auf Kronzeugenanträge zurück, zitiert nach SEIFERT, Informationsbeschaffung, S. 512 Fn. 1.

53 WEBER, Thoughts, S. 171; LIPMAN, Most Cartel; nach CONNOLLY, Cartels, werden 90 % aller Kartellverfahren durch Kronzeugenerklärungen ausgelöst; RITZ/MARX, Leniency, S. 55; OECD, Challenges, N 1, 69; BROOS/GAUTIER/MARCO RAMOS/PETIT, Analyse, S. 85; FORRESTER/BERGHE, Chalice, S. 160.

54 Art. 49a Abs. 2 KG; Art. 8 ff. SVKG; NZZ Artikel «Kronzeugen gegen Schweizer Kartelle» vom 17.04.2018; siehe auch Weko, Merkblatt/Bonusregelung.

55 BAINBRIDGE, EC Leniency, S. 1: «the jewel in the crown of [...] antitrust enforcement»; das US-amerikanische DOJ spricht vom «[t]he Antitrust Division's Leniency Program is its most important investigative tool for detecting cartel activity», siehe <https://www.justice.gov/atr/leniency-program>; kritisch gegenüber der Abhängigkeit der Wettbewerbsbehörde von den Kronzeugenprogrammen ABRANTES-METZ/METZ, Future, S. 13.

Kommt es zu einem Kronzeugenverfahren, besteht seitens der kooperierenden Unternehmen ein grosses Interesse daran, dass die übermittelten Informationen ausschliesslich der Wettbewerbsbehörde zur Verfügung stehen und Dritten, wie Kartellopfen, nicht zugänglich gemacht werden. Hingegen ist das Interesse der Kartellopfen an einem Zugriff auf die Kronzeugeninformationen und insbesondere auf die Kronzeugenerklärung aus naheliegenden Gründen gross.⁵⁶ Es handelt sich i. d. R. um selbst belastende Aussagen, um den Verstoss belegende Informationen und häufig auch um Beweismittel, die den Kartellschaden nachweisen können.⁵⁷ Für die Kartellopfen sind jedoch nicht nur die Dokumente aus Kronzeugenverfahren relevant, sondern grundsätzlich sämtliche Verfahrensdokumente aus Kartellverwaltungsverfahren.⁵⁸ Inwiefern die Akteneinsicht im Einzelfall der «Anspruchszementierung» schlussendlich dient, lässt sich allerdings nicht verallgemeinern. Hierüber kann das Kartellopfen erst nach seiner Einsicht urteilen.⁵⁹

Ungeachtet der Bedeutung der Verfahrensdokumente für die Kartellopfen wird der Zugriff häufig verweigert, zumal wenn die Dokumente Kron-

56 Ohne diese Informationen erscheint ein rechtsgenügender Nachweis der Anspruchsvoraussetzungen übermässig erschwert. Von der praktischen Relevanz dieser Unterlagen zeugt beispielsweise der Vorlageentscheid EuGH 14.06.2011, C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389, N 10 ff.; EuGH 06.06.2013, C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie*, EU:C:2013:366, N 49; High Court [2018] EWHC 1994 (Ch), *Suez Groupe SAS & Others v Fiat Chrysler & Others*, N 17: «It is axiomatic that claimants, seeking to pursue a damages claim, may need to understand the operation of the cartel in as much detail as possible»; BÖNI, Wechselwirkung, N 20; so auch MILDE, Schutz des Kronzeugen, S. 24; DAWIRS, Zugriff, S. 73; STOCK, Schadensnachweis, S. 188 ff.; HELMDACH, Kronzeugeninformationen, S. 71; EILMANSBERGER, Green Paper, S. 447; kritisch gegenüber einem Mehrwert einer Einsicht in Verfahrensakten aus Kronzeugenverfahren FRENZ, Dokumentenzugang, S. 24; RAIBLE/LEPPER, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, § 26 N 573; GALLE/POPOT-MÜLLER, Sanktionen, S. 318; MÜHLBACH/BOOS, Schadensersatz, S. 148; OECD, Challenges, N 64; EILMANSBERGER, Green Paper, S. 454; GROUSSOT/PIERCE, Transparency, S. 143 f.; BAKOWITZ, Informationsherrschaft, S. 112 f.; BIEN, Überlegungen, S. 889; WILHELMI, Zugang, S. 127; BKartA, Stellungnahme 9. GWB-Novelle, S. 25; OLG Düsseldorf, Urteil vom 22.08.2012, V-5 Kart 5 und 6/11 (OWi), DE:OLGD:2012:0822.V4-KART5.6.11OWI.00, N 35.

57 OECD, Leniency, S. 17 Fn. 24.

58 Vgl. HELLMANN/STEINBRÜCK, Discovery Light, S. 166; KLUMPE/THIEDE, Floodgates, S. 334.

59 STOCK, Schadensnachweis, S. 190.

zeugeninformationen enthalten.⁶⁰ Die ablehnende Haltung der Behörden beruht auf der Befürchtung, dass der Zugriff Dritter auf die Kronzeugeninformationen die Wirksamkeit der Kronzeugenprogramme gefährdet.⁶¹ Die strenge Handhabe erfolgt mit Verweis auf die folgende Erklärung: Potenzielle Kronzeugen würden von einer Kooperation mit den Behörden absehen, wenn genau mit den von ihnen gelieferten Informationen gegen sie gerichtete Kartellzivilprozesse unterstützt würden und die Gefahr einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der Kronzeugen stiege.⁶² Fällt der von den Kartelltätern an die Kartellopfer zu zahlende Schadenersatz höher aus als der Sanktionserlass⁶³, ist die Attraktivität des Kronzeugenprogramms besonders stark beeinträchtigt.⁶⁴ Da die gegen einen Kronzeugen erwirkte

60 In diesem Sinne KSRL, Erw. 38; EU/Mitteilung Kronzeugen N 33, 40; Weko, Jahresbericht 2019, S. 28; Weko, Merkblatt/ Bonusregelung, N 47 ff.; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Gemeinde Koblenz), S. 433 ff., N 65 ff.; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 89 ff.; Weko, RPW 2018/1, Bekanntgabe von Personendaten (Gesuchstellerin), S. 150 ff., N 126 ff.; FORRESTER, Role of the CJEU, S. 70; CAUFFMAN, Interaction, S. 219; GROUSSOT/PIERCE, Transparency, S. 149.

61 Weko, Jahresbericht 2019, S. 28; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Gemeinde Koblenz), S. 433 ff., N 65 ff.; Weko, RPW 2018/2, Bekanntgabe von Personendaten (Kanton Aargau), S. 419 ff., N 89 ff.; Weko, RPW 2018/1, Bekanntgabe von Personendaten (Gesuchstellerin), S. 150 ff., N 126 ff. und da besonders N 129; Erw. 26 KSRL; EuGH 14.06.2011, C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389, N 26; HEINEMANN, Private enforcement, S. 316; BRUCH/ZIRLICK, Stärkung, N 4; EILMANSBERGER, Green Paper, S. 435.

62 Weko, RPW 2012/2, Zwischenverfügung in Sachen Wettbewerbsabreden betreffend Akteneinsicht, S. 264 ff., N 22 f.; Schlussanträge GA Mazák 16.12.2010, C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2010:782, N 38; NAZZINI/NIKPAY, Private Actions, S. 127 ff.; CANENBLEY/STEINVORTH, Effective Enforcement, S. 316; MACCULLOCH/WARDHAUGH, Baby, S. 20, die das Dilemma wie folgt umschreiben: «by applying for leniency, the applicant (though almost certainly obtaining a savings on any fine) opens itself to greater exposure for civil liability, should the content of the leniency application find its way into the hands of the plaintiffs' bar»; DÄHLER/KRAUSKOPF, Sanktionsbemessung, S. 148; SOMMER, Verfahrensfragen, N 43; EILMANSBERGER, Green Paper, S. 436; BÖGE, Enforcement, S. 220.

63 Die kumulierten Streitwerte können den Sanktionserlass um ein Vielfaches übersteigen, RENGIER, Kartellschadenersatz, S. 613; RENGIER, Cartel Damages Actions, S. 72.

64 DREXL, Interaction, S. 140; RITZ/MARX, Leniency, S. 57; HELLMANN/STEINBRÜCK, Discovery Light, S. 164.

Verfügung⁶⁵ häufig zuerst in Rechtskraft⁶⁶ erwächst, läuft der Kronzeuge Gefahr, für sämtliche und nicht nur für die von ihm verursachten Kartellschäden «in Haftung genommen» zu werden;⁶⁷ der Kronzeuge haftet als Solidarschuldner allen Geschädigten für den ganzen vom Kartell verursachten Schaden.⁶⁸ Trotz des Sanktionserlasses im Verwaltungsverfahren läuft der Kronzeuge Gefahr, ins Hintertreffen zu geraten, weil er mit Schadenersatzforderungen von Abnehmern der anderen Kartellmitglieder konfrontiert wird. Der Kronzeuge verfügt zwar über ein entsprechendes Regressrecht, trägt aber das Inkassorisiko.⁶⁹ Eine Kooperation mit der Behörde kann sich dann in wirtschaftlicher Hinsicht für den Kronzeugen nicht auszahlen und zu einem «*first mover disadvantage*»⁷⁰ führen.⁷¹

Nach dem soeben aufgezeigten Erklärungsmuster wird über das Für und Wider einer Kooperation primär von einer betriebswirtschaftlichen Warte aus entschieden. Nur wenn sich die Kooperation für den Kronzeugen wirtschaftlich rentiert – und nur dann –, wird ein Kronzeugenantrag gestellt. Selbst wenn diese Überlegung sehr verlockend ist und die Komplexität des Themengebiets leicht nachvollziehbare Ansätze erfordert, ist nicht zu verkennen, dass diese Schlussfolgerung der empirischen Evidenz entbehrt (und womöglich überhaupt nicht überprüfbar ist).⁷² Dennoch wachen die

65 In dieser Arbeit werden die Begriffe «Verfügung» und «Beschluss» synonym verwendet, wobei sich letzterer Begriff auf die Entscheidungen der Kommission bezieht und ersterer Begriff auf die Entscheidungen der Weko.

66 Wird in dieser Arbeit der Begriff «Rechtskraft» verwendet, umfasst dies auch den in der EU-Nomenklatur geläufigen Begriff der «Bestandskraft».

67 Zur Solidarhaftung: E-KSRL, S. 19; KSRL, Erw. 38; JÜNGTEN, Verwertung, S. 128 ff.; DAWIRS, Zugriff, S. 79 f.

68 DIKE KG-VETTER, Art. 12 N 61; RUDOLPH/WOHLMANN, Solidarität, S. 47; HEINEMANN, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit, S. 139; WALTER, Homburger (KG), Art. 12 N 74; BSK KG-JACOBS/GIGER, Art. 12 N 89; vgl. zur – nicht identischen – europäischen Ausgangslage nach Einführung der KSRL WILS, Private Enforcement, S. 26 ff.

69 Schlussanträge GA Mazák 16.12.2010, C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2010:782, N 38; vgl. EILMANSBERGER, Green Paper, S. 446.

70 BÖGE, Enforcement, S. 220.

71 EuGH 14.06.2011, C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389, N 26 f.; EuGH 06.06.2013, C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie*, EU:C:2013:366, N 42; Erw. 26 KSRL.

72 So akzeptierte das BVGer 24.10.2019, A-5988/2018, E. 7. 6 einen pauschalen Ausschluss der Übermittlung sämtlicher Kronzeugeninformationen mit dem expliziten Verweis, dass es zwar an einem empirischen Nachweis fehle, eine Benachteiligung des Kronzeugen hingegen nachvollziehbar erscheine; kritisch auch DAWIRS, Zugriff, S. 80; vgl. SALEMME, Enforcing, S. 325 f.

Behörden aufmerksam darüber, dass der Kronzeuge im Vergleich zu den nicht kooperierenden Unternehmen nicht ins Hintertreffen gerät, und schützen die Kronzeugeninformationen vor dem Zugriff Dritter. Denn ohne die Inanspruchnahme des Kronzeugenprogramms würden diese Informationen nicht existieren und hätten daher von den Wettbewerbsbehörden weder durch die Ausübung ihrer Untersuchungsbefugnisse noch auf anderem Weg beschafft werden können.⁷³ Dieser Schutz lässt die Wettbewerbsbehörden aus Sicht der Geschädigten allerdings als juristische Trutzburgen erscheinen⁷⁴, die den kartellzivilrechtlichen Durchsetzungsweg versperren. Da innerhalb der EU und der Schweiz auch künftig an einem starken «*public enforcement*» festgehalten wird,⁷⁵ bleibt das «*private enforcement*» im Nachgang zu Verwaltungsverfahren weiterhin von Bedeutung – der soeben aufgezeigte Konflikt zwischen den Kartellopfen und den Wettbewerbsbehörden droht somit, auf absehbare Zeit fortzubestehen.⁷⁶ Eine Untersuchung des Zugangs zu den Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden verdient es also, in Angriff genommen zu werden.⁷⁷

Ein Hinweis darauf, wie dieses Spannungsfeld aufgelöst werden kann und die entsprechenden Interessen in einen massvollen Ausgleich gebracht werden können, findet sich im folgenden Ausspruch JOHN LOCKES⁷⁸:

73 WILS, Relationship, S. 23.

74 DAWIRS, Zugriff, S. 80, spricht ebenfalls von «juristischen Trutzburgen».

75 Für die EU: Erw. 6 KSRL; vgl. auch Kommission, Weißbuch/Schadenersatzklagen, S. 3 f., nach der es ein weiteres Leitprinzip der Wettbewerbspolitik ist, eine starke behördliche Durchsetzung sicherzustellen; für die Schweiz: Botschaft KG 2012, S. 3928, laut der das Zivilkartellrecht nicht zulasten des Kartellverwaltungsrechts zu stärken sei. Vielmehr sei die Kartellrechtsdurchsetzung insgesamt zu verbessern; Weko, Jahresbericht 2019, S. 29.

76 Diese Problematik wurde auch von der Kommission erkannt und findet beispielsweise in Erw. 15, 46 KSRL Ausdruck; vgl. auch HEINEMANN, Private Enforcement, S. 315; KLUMS, Asymmetry, S. 212 f.; SCHREIBER/KRÜGER/BURKE, Challenges, S. 28 f.; HELLMANN/STEINBRÜCK, Discovery Light, S. 165.

77 So auch FUCHS/WEITBRECHT/HEINEMANN, Private Kartelldurchsetzung, § 23 N 85, nach dem die Voraussetzungen und Schranken der Zugangsmöglichkeiten im schweizerischen Kartellrecht der Klärung bedürfen.

78 LOCKE, State of Nature, § 11; in der deutschen Übersetzung: «Durch diese *beiden unterschiedlichen Rechte* – einerseits das allen gemeinsame Recht, das Verbrechen zu *bestrafen*, um *abzuschrecken* und dem gleichen Vergehen vorzubeugen, andererseits das Recht auf *Wiedergutmachung*, das nur dem geschädigten Teil zusteht – ist es der Obrigkeit, der eben als Obrigkeit das allgemeine Recht der Bestrafung in die Hände gelegt ist, bei kriminellen Handlungen, wenn das öffentliche Wohl die Vollstreckung des Gesetzes nicht verlangt, oftmals erlaubt, durch ihre eigene

«From these two distinct rights, the one of punishing the crime for restraint, and preventing the like offence, which right of punishing is in every body; the other of taking reparation, which belongs only to the injured party, comes it to pass that the magistrate, who by being magistrate hath the common right of punishing put into his hands, can often, where the public good demands not the execution of the law, remit the punishment of criminal offences by his own authority, but yet cannot remit the satisfaction due to any private man for the damage he has received. That, he who has suffered the damage has a right to demand in his own name, and he alone can remit.»

Dieser bereits über 300 Jahre alte Ausspruch ist insbesondere für die Ausgestaltung des kartellrechtlichen Durchsetzungssystems von Relevanz. Er wird dahin gehend verstanden, dass es dem Wesen eines Rechtsstaats widerspricht, Kartellopfern aufgrund von Praktikabilitätsüberlegungen den Anspruch auf Kompensation teilweise oder vollständig abzusprechen.⁷⁹ Auch wenn es nicht die Aufgabe des Staates ist, die kartellrechtlichen Ansprüche von Kartellopfern durchzusetzen, wacht er darüber, dass die Durchsetzung der Ansprüche nicht übermässig erschwert oder sogar verhindert wird. Alles andere käme einer Verweigerung dieser Ansprüche gleich.⁸⁰ Das trifft insbesondere dann zu, wenn sich für einen Geschädigten relevante Informationen ausschliesslich im Besitz einer Wettbewerbsbehörde befinden und die Anspruchsdurchsetzung mit diesem Wissen steht und fällt.⁸¹ Der Staat hat dann zu verhindern, dass die Wiedergut-

Autorität von einer Bestrafung *abzusehen*. Aber sie kann nicht die Entschädigung *erlassen*, auf die ein Privatmann Anspruch hat, wenn ihm ein Schaden zugefügt wurde. Der Geschädigte hat das Recht, eine solche Entschädigung in seinem eigenen Namen zu fordern, und nur er allein kann auf sie *verzichten*»; SIEP, Zweite Abhandlung, S. 17 f.; Zitat auch bei WILS, Relationship, S. 32.

⁷⁹ WILS, Relationship, S. 32.

⁸⁰ Ohne sich auf Locke zu berufen, wird der EuGH bei der Effektivitätsprüfung – zumindest ansatzweise – von einem ähnlichen Leitgedanken geführt: Der Effektivitätsgrundsatz verlangt, dass «die Verfahrensmodalitäten [der jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung] die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermässig erschweren», so EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 29; zum Effektivitätsgrundsatz im Kartellzivilrecht DREXL, Interaction, S. 138.

⁸¹ Dass diese Ausgangslage nicht ausschliesslich in akademischen Arbeiten relevant wird, verdeutlicht das Urteil des englischen High Court, *National Grid Electricity Transmission plc v ABB Ltd and Others* [2012] EWHC 869(Ch), N 43 f.; siehe zu diesen Konstellationen unten § 8. 4.

machung der Kartellschäden nicht durch zu restriktive Zugangsmöglichkeiten verunmöglicht wird. Dies unterstreicht die Schlüsselrolle der Wettbewerbsbehörden im «*private enforcement*» und insbesondere in den *Follow-on*-Prozessen. Ohne Informationsfluss an die Kartellopfer ist die erfolgreiche Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Ansprüche häufig illusorisch. JOHN LOCKES Ausspruch kann somit auch heute noch in einen Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Durchsetzung gestellt werden und zeigt für die Auflösung des erwähnten Spannungsfelds wichtige staatstheoretische Schranken auf. Den Wettbewerbsbehörden als Schaltstellen zwischen wirksamem Rechtsschutz und wirksamer Rechtsdurchsetzung obliegt es, die öffentliche Durchsetzung nur in dem Umfang zu schützen, insofern dies die privatrechtliche Durchsetzung nicht übermässig erschwert oder sogar verunmöglicht. Der umgekehrte Ansatz würde verkennen, dass die kartellverwaltungsrechtliche Durchsetzung kein Selbstzweck ist, sondern immer im Hinblick auf die duale Durchsetzung des Kartellrechts erfolgen muss.

Bei der kommenden Untersuchung muss jedoch weiterhin stets Folgendes bedacht werden: Selbst wenn den Kartellopfen Zugang zu den Verfahrensdokumenten gewährt wird, darf dies nicht zu der Annahme verleiten, dass das Kartellzivilrecht aus seinem «Dornröschenschlaf»⁸² erwacht. Neben den Verfahrensdokumenten bedarf es für einen erfolgreichen Nachweis sämtlicher Anspruchsvoraussetzungen häufig zusätzlicher Beweismittel⁸³ oder eines ökonomischen Gutachtens, das den Schadensumfang feststellt.⁸⁴ Ferner, und wie eingangs erwähnt, gibt es für die geringe praktische Relevanz der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung (im Nachgang zu Kartellverwaltungsverfahren) in der Schweiz keine monokausale Ursache.⁸⁵ Mehrere materiell-rechtliche wie prozessrechtliche «Hemmschuhe» verhindern derzeit das «In-Fahrt-Kommen» des schweizerischen

82 PICT, Kartellschadenersatz, S. 348.

83 DREXL, Interaction, S. 146; RODGER/SOUSA FERRO/MARCOS, Transposition, S. 44; EuGH 06.11.2012, Rs. C-199/11, *Europese Gemeenschap/Otis u. a.*, EU:C:2012:684, N 65 f. (hiernach als «*Otis I*» bezeichnet). Dass der Zugang zu den Dokumenten einer Behörde nicht zwingend zu einer erfolgreichen *Follow-on*-Schadenersatzklage führt, verdeutlicht die Rechtssache WH Newson v IMI plc [2013] EWCA Civ 1377, in der ein Unternehmen mit seiner Schadenersatzforderung in England im Anschluss an einen Kommissionsbeschluss scheiterte, da u. a. dem Beschluss zu wenig Informationen abgeleitet werden konnten, um die Schadenersatzansprüche rechtsgenügend nachzuweisen; siehe hierzu auch DOHERTY/FITZPATRICK, Courage, S. 38.

84 Siehe zu diesem Problemkreis PICT, Passing-on, S. 2.

85 Anstelle vieler KG Botschaft 2012, S. 3928.

Kartellzivilrechts⁸⁶ und insbesondere die Durchsetzung des Kartellschadenersatzanspruchs.⁸⁷

Um dies zu ändern und um das «*private enforcement*» voranzubringen, sollte das schweizerische Kartellzivilrecht in kleinen Schritten angepasst werden. Die Erleichterung der Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche im Nachgang zu Kartellverwaltungsverfahren ist ein erster Schritt auf diesem Weg. Grundlegende Fragen, die den Kausalverlauf oder die Berechnung des Schadensquantums betreffen, werden in Zivilprozessen geklärt, in denen der Nachweis eines Wettbewerbsverstosses bereits erbracht ist oder leichter zu erbringen ist.⁸⁸ Sind diese Fragen geklärt, kann in einem weiteren Schritt versucht werden, die Durchsetzung kartellzivilrechtlicher Ansprüche auch unabhängig vom Kartellverwaltungsverfahren zu ermöglichen.⁸⁹ Bis zu diesem Zeitpunkt steht die Wettbewerbsbehörde den Kartellopfen zur Seite, wovon nicht nur diese profitieren, sondern auch die Durchsetzung insgesamt. Sodann verspricht die Stärkung der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung unter anderem, das Vollzugsdefizit – die sog. «*enforcement gap*» – teilweise oder sogar ganz zu beheben.⁹⁰ Die vorliegende Arbeit versteht sich als Beitrag, der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung im Nachgang zu Verwaltungsverfahren dogmatischen Halt zu geben und den wirksamen Rechtsschutz der Kartellopfer zu stärken.

86 KG Botschaft 2012, S. 3928; SECO, Evaluation, N 275, wo festgehalten wird, dass die Beweisproblematik eine der Hauptursachen für das Schwächeln des Kartellzivilrechts sei.

87 In diesem Sinne SECO, Evaluation, N 273 ff.; HEINEMANN, Privatrechtliche Durchsetzung, S. 50 ff.

88 Ein ähnlicher Ansatz findet sich auch bei HELLMANN/STEINBRÜCK, Discovery Light, S. 165.

89 In diesem Sinne auch RODGER/SOUSA FERRO/MARCOS, Transposition, S. 5; WIEGANDT, Verzahnung, S. 106; BACH/WOLF, Instrumente, S. 288 f.; vgl. auch BASEDOW, BJM 2016, S. 237, nach dem eine Zunahme von *Stand-alone*-Klagen bedingt, dass die prozessualen Instrumente des US-amerikanischen Kartellrechts übernommen werden.

90 In Bezug auf die EU so bereits Schlussanträge GA Van Gerven 13.04.1994, C-128/92, *Banks/British Coal*, EU:C:1993:860, N 44 und Fn. 112 m. w. N.

§ 2. Vorbemerkungen

1. Fragestellung der Arbeit und Prüfschema

Im Vordergrund dieser Arbeit steht einerseits der kartellrechtliche Schadenersatzanspruch, dem ein Verstoss gegen Art. 101 AEUV oder Art. 102 AEUV zugrunde liegt («europäischer Kartellschadenersatz»⁹¹), und andererseits der Anspruch nach Art. 12 Abs. 1 Bst. b KG, der durch einen Verstoss gegen Art. 5 KG oder Art. 7 KG begründet wird («Kartellschadenersatz» o. ä.).⁹² Nicht untersucht werden allerdings die einzelnen Anspruchsvoraussetzungen bzw. Tatbestandsmerkmale des Kartellschadenersatzes⁹³, sondern vielmehr dessen Verfahrensmodalitäten⁹⁴, d. h. die Einzelheiten der Ausübung des Rechts auf Schadenersatz.⁹⁵ Das Hauptaugenmerk liegt

91 Auch wenn nicht von einem genuin europäischen kartellzivilrechtlichen Durchsetzungssystem gesprochen werden kann und der Begriff «europäischer Kartellschadenersatzanspruch» folglich unpräzise ist, wird auf ihn im Kommenden zurückgegriffen.

92 Die privatrechtliche Geltendmachung kartellzivilrechtlicher Ansprüche umfasst hingegen nicht nur den deliktischen Schadenersatzanspruch. Der Instrumentenkasten des Kartellzivilrechts ist weit gefächert. Neben dem deliktischen Schadenersatzanspruch gehört die Gewinnherausgabe nach GoA-Recht (Art. 12 Abs. 1 Bst. c KG, Art. 423 OR sowie die stark umstrittene Eingriffskondition nach Art. 62 OR) dazu, vgl. dazu PICH/FREUND, Kartelldurchsetzung, N 5 m. w. N.; aber auch vertragsrechtliche Ansprüche von Kartellopfen können im Gefüge des Kartellzivilrechts eine bedeutende Stellung einnehmen, vertieft hierzu PICH, Kartellschadenersatz, S. 347 ff. Von grosser praktischer Wichtigkeit sind weiter die vorsorglichen Massnahmen, die jedoch einen anderen Zweck verfolgen als Kartellschadenersatzansprüche; vgl. BREIT/ELZINGA, Private antitrust, S. 16 Fn. 27, für eine nicht abschliessende Aufzählung möglicher vorsorglicher Massnahmen; HJELMENG, Competition Law Remedies, S. 1009 ff.; DOHERTY/FITZPATRICK, Courage, S. 17.

93 Siehe zum Begriff «Anspruchsvoraussetzung» oben § 1.

94 Die Definition erfolgt in Anlehnung an EuGH 14.03.2019, Rs. C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:204, N 27; dazu auch FREUND, Compensation, S. 500.

95 EuGH 14.03.2019, Rs. C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial u. a.*, EU:C:2019:204, N 27; EuGH 28.03.2019, Rs. C-637/17, *Cogeco/Sport TV Portugal u. a.*, EU:C:2019:263, N 42, 45; EuGH 05.06.2014, Rs. C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:1317, N 24; FREUND, Compensation, S. 500; in diesem Kontext auch FRANK, Striking, S. 841, nach dem «procedural rules» in der englischsprachigen Fassung der Entscheide EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465, N 28 und EuGH 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04, *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni u. a.*, EU:C:2006:461, N 63 f. bzw. «Verfahrensmodalitäten» in der deutschsprachigen Fassung «embraces all provisions, whether

auf den Zugangsrouten, die einem Kartellopfer Zugriff auf Verfahrensdokumente der Kommission und der Weko versprechen. Die jeweiligen Routen werden dahin gehend geprüft, ob sie der Durchsetzung des Kartellschadenersatzes und somit dessen Zweck gerecht werden. Im Kern gilt es, die folgende Frage zu klären:

«Wird die Ausgestaltung der Möglichkeiten des Zugangs zu Verfahrensdokumenten der Wettbewerbsbehörden (Kommission und Weko) dem Zweck des Kartellschadenersatzes gerecht?»

Die Arbeit untersucht die Forschungsfrage anhand eines dreistufigen Prüfschemas: Der erste Schritt (1. Prüfschritt) untersucht den Zweck des Kartellschadenersatzes, woraufhin im zweiten Schritt (2. Prüfschritt) die Zugangsrouten zu Verfahrensdokumenten der Behörden erkundet werden. Im dritten Schritt (3. Prüfschritt) werden die verschiedenen Zugangsmöglichkeiten auf ihre Zweckdienlichkeit hin analysiert.

2. Der Zweck des Kartellschadenersatzes als Untersuchungsmaßstab

Der Zweck beschreibt die *erwünschte* Wirkung einer Norm bzw. eines Durchsetzungsinstruments in der Aussenwelt, rastet allerdings im Abstrakten ein und gibt lediglich den zu erreichenden Sollzustand vor. Die Wirkung hingegen beschreibt die sich *tatsächlich* einstellende Folge der Durchsetzung⁹⁶ und bildet den Istzustand ab. Die Durchsetzung hat sicherzustellen, dass sich die erwünschte Wirkungsweise einer Norm auch entsprechend entfaltet. Stellt sich die erwünschte Wirkung ein, ist die Durchsetzung der Norm zweckentsprechend – der Istzustand entspricht dann dem Sollzustand.

Um die erwünschte Wirkung einer Norm sicherzustellen, orientieren sich die Ausgestaltung und die Auslegung einer Norm an deren Zweck;⁹⁷

of procedural or substantive nature, which have an impact on the effectiveness of the private enforcement of the EU competition law»; für einen alternativen Ansatz siehe HEINZE, Schadenersatz, S. 162.

96 DREIER, Kompensation und Prävention, S. 124 f.; STOCK, Schadensnachweis, S. 43 ff.

97 Allgemein: DEUTSCH, Haftungsrecht, S. 66 ff.; in Bezug auf das Kartellrecht: GAVIL, Designing, S. 6; GILIKER, EU Tort Law, S. 18 ff.; VAN GERVEN, Remedies, S. 502; BALASINGHAM, 15 Years, S. 18 f.; HEMPEL, Donau, S. 219; STOCK, Schadensnachweis, S. 43 ff.; BERRISCH/BURIANSKI, Schadenersatzansprüche, S. 887 f.;

treffend, wenn auch pointiert DEUTSCH: «Der Zweck regiert die Norm.»⁹⁸ Diese Aussage bezieht sich nicht ausschliesslich auf die Ausgestaltung und die Auslegung der Tatbestandsmerkmale der Norm bzw. deren Anspruchsvoraussetzungen. Sie gilt ebenso für die Ausgestaltung und die Handhabung der Verfahrensmodalitäten, die der Durchsetzung der Norm dienen. Zu den Letzteren zählen die in dieser Arbeit zu untersuchenden Zugangsrouten.

Unter der Prämisse, dass der Zweck eine korrespondierende Ausgestaltung und Auslegung der Zugangsmöglichkeiten erfordert, sind die Verfahrensmodalitäten des Kartellschadenersatzes so auszugestalten und zu handhaben, dass die Durchsetzung dem Zweck des Kartellschadenersatzes gerecht wird.⁹⁹ Somit muss sichergestellt werden, dass die Durchsetzung auch im Tatsächlichen dem im Abstrakten Erforderten entspricht. Gesetzt den Fall, dass der Kartellschadenersatz einen zweigliedrigen Zweck verfolgt bzw. dem Ausgleich und der Prävention dient, hat seine Durchsetzung einerseits das private Interesse an einem wirksamen Rechtsschutz (Ausgleich) und andererseits das öffentliche Interesse an einem wirksamen Kartellzivilrecht (Abschreckung) zu erfüllen. Dieses Verständnis ist für die vorliegende Untersuchung dort relevant, wo das Interesse an der Durchsetzung des Kartellschadenersatzes mit den Interessen der Wettbewerbsbehörde an einer wirksamen öffentlichen Durchsetzung konfligiert, wie in Bezug auf den Zugang zu Verfahrensdokumenten: Häufig wird über den Zugang eines Kartellopfers im Rahmen einer Interessenabwägung entschieden. Wird ein zweigliedriges Zweckverständnis angenommen, stünde dem öffentlichen Interesse an einer wirksamen öffentlichen Rechtsdurchsetzung, das gegen einen Zugang Dritter spricht, nicht mehr lediglich das private Interesse des Kartellopfers am Ausgleich des entstandenen Schadens gegenüber. Vielmehr hätte die Behörde dann auch das öffentliche Interesse an einem wirksamen Kartellzivilrecht zu berücksichtigen, was die Interessenabwägung zu einem geschädigtenfreundlichen Abwägungsergebnis hin beeinflussen kann.¹⁰⁰

implizit dann auch MARCO COLINO, Perks, S. 565; REIFF, Punishment, S. 44; KLOUB, White Paper, S. 519; POSNER, Antitrust, S. 267.

98 DEUTSCH, Haftungsrecht, S. 66. Allerdings wird die Auslegung einer Norm in der Praxis nicht ausschliesslich vom Normzweck getragen, sondern von mehreren Auslegungselementen.

99 In diesem Sinne GILIKER, EU Tort Law, S. 17 ff.; vgl. STOCK, Schadensnachweis, S. 44 f.

100 EFTA, E-5/13, *Schenker/EFTA Surveillance Authority*, vom 07.07.2014, N 134: «specific policy considerations arise in requests for access to documents as part

3. Ansatz

Diese Arbeit untersucht und vergleicht ausschliesslich die Zugangsrouten zu den Verfahrensdokumenten der Weko und der Kommission. Dieser Schwerpunkt bietet sich nicht zuletzt deswegen an, weil das europäische und das schweizerische Wettbewerbsrecht gleichwertig ausgestaltet sind¹⁰¹ und der starke Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das hiesige anerkannt ist.¹⁰² Diese Aussage bezieht sich nicht nur auf den materiell-rechtlichen Inhalt der entsprechenden Wettbewerbsgesetze¹⁰³, sondern auch auf das kartellrechtliche Verfahrensrecht¹⁰⁴ und insbesondere auf die

of follow-on damages cases brought before national courts [...]. The private enforcement of these provisions ought to be encouraged, as it can make a significant contribution to the maintenance of effective competition in the EEA»; als weiteres Beispiel aus der EFTA-Rechtsprechung EFTA, E-14/11, *DB Schenker/EFTA Surveillance Authority*, vom 21.12.2012, N 132; BAUDENBACHER, *Independence*, S. 222; so bereits HEMPEL, *Donau*, S. 219.

- 101 Diese Einschätzung teilt auch die Botschaft, Zusammenarbeit, S. 3959 ff., und dort etwa S. 3966. Insgesamt wird in der Botschaft an sechs Stellen auf die Äquivalenz bzw. Gleichwertigkeit der wettbewerbsrechtlichen Gesetzgebung der Schweiz und der EU verwiesen; HIRSBRUNNER, *Le juge suisse*, N 3; die Botschaft KG 1994, S. 530 hält etwas zurückhaltender, aber immerhin fest, dass sich das schweizerische KG am EU-Wettbewerbsrecht orientiert, um den «Unternehmen Doppelspurigkeiten zu ersparen».
- 102 Siehe hierzu allgemein BALDI, Wettbewerbspolitik, S. 1184; BAUDENBACHER, *Challenges*, 613; BORER, *Schnittstellen*, S. 220; KELLERHALS, *Wettbewerb*, S. 298; STOFFEL, *Swiss Competition Law*, S. 677.
- 103 Für eine Parallelführung der Begriffe «Vereinbarung» und «abgestimmte Verhaltensweisen» in Art. 4 Abs. 1 KG und in Art. 101 Abs. 1 AEUV siehe BGER 04.02.2021, 2C_149/2018, E. 3.1; für die Regelung vertikaler Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG ist laut BGE 143 II 297, E. 6.2.3, von einer «materiell identische[n] Regelung zwischen Art. 5 Abs. 4 KG und dem EU-Wettbewerbsrecht in Bezug auf vertikale Abreden – trotz fehlendem dynamischen Verweis » auszugehen; in Übereinstimmung mit HEINEMANN, *Meilenstein*, S. 112, ist sodann in BGE 143 II 297, E. 9.4.5, vorgenommene Parallelführung zwischen dem europäischen und schweizerischen Kartellrecht auf horizontale Abreden nach Art. 5 KG anwendbar; für die Regelung von unzulässigen Verhaltensweisen nach Art. 7 KG siehe BGER 09.12.2019, 2C_985/2015, E. 4.3: «Da die unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nach Art. 7 KG im Wesentlichen parallel zu Art. 102 AEUV geregelt sind, kann für die Auslegung und Praxis des Art. 7 KG ohne Weiteres auch die Auslegung und Praxis zu Art. 102 AEUV berücksichtigt werden», E. 8.3.6; siehe ferner auch Weko, RPW 2019/3b, *Badezimmer* (2. Teil), S. 927 ff., N 2240 ff.
- 104 Zur Veranschaulichung: Für eine Berücksichtigung der Veröffentlichungspraxis der Kommissionsbeschlüsse, siehe BGE 142 II 268, E. 4.2.5; für eine Berücksich-

Verfahrensmodalitäten¹⁰⁵, die sich in Querschnittsgesetzen befinden.¹⁰⁶ Auch wenn eine inhaltliche Übereinstimmung der beiden Durchsetzungssysteme nicht zwingend vorhanden ist, weisen sie grosse strukturelle Gemeinsamkeiten auf, weshalb sich vergleichbare Grundfragen stellen. Der vorliegenden Arbeit liegt die Hypothese zugrunde, dass sich die Systeme in Bezug auf die kartellrechtliche Durchsetzung ausreichend ähneln und somit gewinnbringend verglichen lassen.

Es wird mit der Darstellung der Zugangsmöglichkeiten auf Unionsebene begonnen, was aufgrund der folgenden Entwicklungen angezeigt ist: Das Erstarken der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung innerhalb der EU, namentlich in Form von *Follow-on*-Schadenersatzprozessen, hat zu einem beträchtlichen Fallrecht der Unionsgerichte geführt.¹⁰⁷ Die Recht-

tigung der Kommissionspraxis in Bezug auf die Behandlung von Informationen mit kartellrechtswidrigem Inhalt, vgl. BGE 142 II 268, E. 5.2.2.3: «Nicht geheimhaltungswürdig sind deshalb Tatsachen, welche das kartellrechtswidrige Verhalten belegen [...] ([...]) so auch für die analoge Regelung in der EU [...]»;
für eine Berücksichtigung der europäischen Kronzeugenregelung vgl. BVGer 23.09.2014, B-8430/2010, E. 5.4.6 ff.; siehe ferner Weko, RPW 2018/4, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin U, S. 736 ff., N 155: «Da der Ordnungsgeber die führende Rolle nicht definiert hat und die Anzahl diesbezüglicher Entscheide der Weko bis anhin gering ausfällt, ist rechtsvergleichend die Praxis der Kommission heranzuziehen. Auch die Kommission beachtet bei der Berechnung der Sanktionshöhe die Rolle des Anführers als erschwerenden Umstand. Rechtsvergleichend sei daher auf die entsprechende Praxis der EU-Gerichte hingewiesen».

105 Zur Veranschaulichung: Weko, RPW 2018/1, Bekanntgabe von Personendaten (Gesuchstellerin), S. 150 ff., N 18: «Zum gleichen Ergebnis kommt im Übrigen der Gerichtshof der Europäischen Union bei der Anwendung der dem BGÖ weitgehend entsprechenden EU-Transparenzverordnung auf den Zugang zu amtlichen Dokumenten der Europäischen Kartellbehörde».

106 So hält auch DUCREY, Agreement, S. 439 f., fest, dass – zumindest aus Sicht der EU – das schweizerische und europäische Kartellrecht in verfahrens- wie materiell-rechtlicher Hinsicht gleichwertig sind; nach DIKE KG-HEINEMANN, Nach Art. 1 N 77 wächst mit diesem konzeptionellen Näheverhältnis «das Bedürfnis nach europarechtskonformer Auslegung»; HEINEMANN, Rechtliche Transplantate, S. 29 ff. m. w. N.; auch die Botschaft KG 1994, S. 530 versteht sich in einem ähnlichen Sinn: Die Anlehnung an die EU-Praxis ermöglicht den Rückgriff auf eine erprobte Praxis und ein bewährtes System.

107 Als Beispiele für im Nachgang zur verwaltungsrechtlichen Durchsetzung angeregte Kartellzivilverfahren, die in Form von Vorlagefragen vom EuGH behandelt wurden: EuGH 20.09.2001, Rs. C-453/99, *Courage/Crehan*, EU:C:2001:465; EuGH 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04, *Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni u. a.*, EU:C:2006:461; EuGH 14.06.2011, Rs. C-360/09, *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389; EuGH 06.11.2012, Rs. C-199/11, *Otis I*, EU:C:2012:684,

sprechung setzt sich mit allgemeinen Fragen zum europäischen Kartellschadenersatz auseinander, insbesondere mit dem Zugriff Dritter auf Verfahrensdokumente mitgliedstaatlicher Wettbewerbsbehörden und der Kommission. Auch auf gesetzgeberischer Ebene wurden die unterschiedlichen Zugangsmöglichkeiten – in jeweils unterschiedlichem Ausmass – an diese Entwicklung angepasst. Da die Schweiz von ähnlichen Vorgängen wie im EU-Raum (noch) nicht erfasst wurde, fehlt es an einer vergleichbaren Rechtsprechung und an regulatorischen Massnahmen. Eine kritische Auseinandersetzung mit dem europäischen Recht soll es ermöglichen, die schweizerische Ausgangslage ausgewogener zu betrachten, positive Auswirkungen der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung gezielt zu fördern und allfällige negative Auswirkungen zu reduzieren.

4. Gang der Untersuchung

Im ersten Teil der Arbeit wurde die Problemstellung aufgeworfen (§ 1), die Fragestellung skizziert, der Untersuchungsmassstab festgelegt und der der Arbeit zugrunde liegende Ansatz sowie das dreistufige Prüfschema dargestellt (§ 2).

Im zweiten Teil der Arbeit wird der 1. Prüfschritt unternommen und sich dem Zweck des Kartellschadenersatzes genähert. Hierzu werden einerseits die Grundlagen des kartellrechtlichen Durchsetzungssystems dargestellt und andererseits wird der Kartellschadenersatzanspruch von drei Warten aus betrachtet. Der Blick von der ersten, der systematischen Warte aus richtet sich auf den Kartellschadenersatz als Teilinstrument des kartellrechtlichen Durchsetzungssystems (§ 3). Anschliessend wird ein Blick von der zweiten, der konzeptionellen Warte aus geworfen und der Kartellschadenersatz in einen Zusammenhang mit den Grundlagen des Kartellrechts gestellt (§ 4). Hieraufhin wird erneut ein Perspektivenwechsel vorgenommen und die Durchsetzung des Kartellschadenersatzes von einer Law & Economics-Warte aus beleuchtet – der ökonomischen Fun-

EuGH 06.06.2013, Rs. C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie*, EU:C:2013:366; EuGH 05.06.2014, Rs. C-557/12, *Kone u. a./ÖBB-Infrastruktur*, EU:C:2014:1317; EuGH 28.03.2019, Rs. C-637/17, *Cogeco/Sport TV Portugal u. a.*, EU:C:2019:263; EuGH 12.12.2019, Rs. C-435/18, *Otis u. a./Land Oberösterreich*, EU:C:2019:1069 (hiernach als «*Otis II*» bezeichnet); EuGH 21.05.2015, Rs. C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide/Akzo Nobel u. a.*, EU:C:2015:335; EuGH 29.07.2019, Rs. C-451/18, *Tibor-Trans Fuvarozó és Kereskedelmi/DAF TRUCKS*, EU:C:2019:635.

dierung der Durchsetzung (§ 5). Die ersten drei Kapitel bilden sodann das notwendige Fundament, um den Zweck des schweizerischen Kartellschadenersatzes zu untersuchen (§ 6). Anschliessend gilt es, den Zweck des europäischen Kartellschadenersatzes anhand der EuGH-Rechtsprechung und der legislatorischen Arbeiten auf EU-Ebene zu ergünden (§ 7). Die Feststellung des jeweiligen Zwecks beendet den ersten Prüfschritt.

Hieraufhin werden im dritten Teil der Arbeit die einzelnen Routen erkundet, die sich einem Geschädigten im vorprozessualen wie im prozessualen Stadium der kartellzivilrechtlichen Durchsetzung eröffnen, um Zugriff auf Verfahrensdokumente der Kommission zu erlangen – der 2. Prüfschritt hinsichtlich der europäischen Rechtslage. Dieser beschreibt die folgenden für einschlägig befundenen Zugangsmöglichkeiten:

- die Teilnahme von Kartellopfern am Kommissionsverfahren und ihre Akteneinsichtsmöglichkeiten (§ 8)
- die Veröffentlichung der Kommissionsbeschlüsse (§ 9)¹⁰⁸
- den Zugang zu Verfahrensdokumenten nach der TransparenzVO (§ 10)
- die Übermittlung von Verfahrensdokumenten an mitgliedstaatliche Zivilgerichte (§ 11)

Nachdem sämtliche Routen dargestellt worden sind, wird in einer Gesamtchau Stellung genommen und im 3. Prüfschritt die Forschungsfrage in Bezug auf die europäische Ausgangslage beantwortet. Auch werden Lösungsansätze zur Gestaltung der europäischen Rechtslage *de lege ferenda* vorgeschlagen (§ 12).

Der vierte Teil der Arbeit befasst sich mit den Zugangsrouten zu den Verfahrensdokumenten der Weko – der 2. Prüfschritt hinsichtlich des schweizerischen Rechts. Hierfür werden die folgenden Zugangsmöglichkeiten analysiert:

- die Teilnahme von Kartellopfern am Kartellverwaltungsverfahren und ihre Akteneinsichtsmöglichkeiten. Hierzu werden die infrage kommenden Verfahrensbeteiligten aufgezeigt (§ 13), deren Akteneinsichtsmöglichkeiten untersucht (§ 14) und die Möglichkeiten der Verwertung dieser Informationen thematisiert (§ 15).
- die Praxis der Veröffentlichung der (Sanktions-)Verfügungen der Weko (§ 16)

108 Diese Möglichkeit wird in vorliegender Arbeit als Zugangsmöglichkeit gewertet, selbst wenn die Informationen bereits öffentlich sind und es sich streng genommen nicht um eine Zugangsmöglichkeit handelt.

- der Zugang zu Verfahrensdokumenten nach dem BGÖ (§ 17) und ein auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützter Zugang (§ 18)¹⁰⁹
- die Übermittlung von Verfahrensdokumenten an Zivilgerichte (§ 19)

Abschliessend werden im 3. Prüfschritt die Zugangsrouten zu den Verfahrensdokumenten der Weko auf ihre Zweckdienlichkeit hin analysiert, was die Forschungsfrage in Bezug auf die Schweiz beantwortet. Zudem werden Lösungsansätze zur Gestaltung der schweizerischen Rechtslage *de lege ferenda* skizziert (§ 20).

Im fünften und abschliessenden Teil der Arbeit werden die wichtigsten Untersuchungsergebnisse zusammengefasst und gewürdigt (§ 21).

109 Genau genommen ist diese Zugangsmöglichkeit als Akteneinsicht in einem Kartellverwaltungsverfahren zu werten und wäre an entsprechender Stelle zu prüfen. Hingegen bietet diese Zugangsmöglichkeit im Vergleich zum Zugang nach dem BGÖ gewisse Vorteile, weshalb diese Zugangsform im Anschluss an das BGÖ geprüft wird.